

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.242 du 23 avril 2013

G./A.202.005/VI-19.271

En cause : **la société anonyme DELTA THERMIC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale de Santé publique du Pays de Charleroi,**
en abrégé I.S.P.P.C.,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Michel JOTTRAND, avocat,
avenue Brugmann, n° 403,
1180 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 octobre 2011, la société anonyme DELTA THERMIC demande l'annulation des décisions prises le 1^{er} août 2011 par la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de santé publique du pays de Charleroi ayant "pour objet : de faire sien le rapport d'adjudication et son complément adressé par l'association momentanée DDV-DOOMS-PIRNAY; d'informer les sociétés DANNEELS et DELTA THERMIC de leur non-désignation et de désigner la société SANIDEAL adjudicataire du lot 52 «sanitaires» des travaux de construction de la maison de repos «Heureux Séjour» à Courcelles".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 12 février 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 13 mars 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Olivia DE WRANGEL, loco Me Jean-Michel JOTTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Le 19 novembre 2009, est publié dans le Bulletin des adjudications un avis de marché public de travaux intitulé "mise en conformité de la maison de repos Heureux Séjour" et est décrit comme visant "la construction d'une nouvelle Maison de Repos de 99 lits (...)". Le marché comporte un lot 52 "sanitaires & fluides médicaux".

III. 2. Le marché est à passer selon le mode de l'adjudication publique avec publicité européenne.

III. 3. Le 25 janvier 2010, trois offres relatives au lot 52 sont recueillies par le pouvoir adjudicateur dont celle de la requérante et celles des sociétés SANIDEAL et DANNEELS.

III. 4. Le 4 juin 2010, un rapport d'analyse des offres relatif au lot 52 est établi, proposant l'attribution au soumissionnaire ayant rendu l'offre considérée comme régulière la plus basse, soit la société SANIDEAL.

III. 5. Par une délibération du 27 mai 2010, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'approuver le rapport, de signifier à la société requérante et à la société DANNEELS "leur non-attribution du marché" et d'attribuer le lot 52 du marché à la société SANIDEAL pour un montant de 543.188,82 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

III. 6. Le 5 novembre 2010, la requérante introduit une action en référé visant à voir interdire à la partie adverse de poser tout acte pouvant aboutir à l'attribution ou à la conclusion du marché litigieux. Concomitamment, elle introduit une requête en annulation de la délibération du 27 mai 2010 devant le Conseil d'Etat inscrite sous le n° G./A.198.594/VI-18.936.

III. 7. Par ordonnance du 8 février 2011, le président du tribunal de première instance de Charleroi déclare la demande partiellement fondée et fait "interdiction à l'ISPPC de notifier à la SA SANIDEAL la décision du 27 mai 2010 lui attribuant le marché de travaux relatif à la mise en conformité de la maison de repos «Heureux Séjour» lot 52 «sanitaires et fluides médicaux»".

III. 8. Le 6 juin 2011, le conseil d'administration de la partie adverse décide de retirer sa décision du 27 mai 2010, d'en informer les soumissionnaires et de confier la mission à l'association momentanée DDV-DOOMS-PIRNAY de réétudier les offres des soumissionnaires.

III. 9. Le 7 juillet 2011, un complément au rapport d'analyse des offres est rédigé.

III. 10. Le 1^{er} août 2011, la partie adverse décide, sur la base du rapport d'adjudication et de son complément, d'attribuer le lot 52 du marché en cause à la société SANIDEAL, cette entreprise ayant déposé l'offre considérée comme régulière la plus basse. La partie adverse a sélectionné qualitativement les trois soumissionnaires et estimé qu'il n'y avait pas lieu de considérer l'une ou l'autre des offres affectée d'une irrégularité substantielle.

Cette délibération est notifiée à la société requérante et à la société DANNEELS par des courriers du 10 août 2011. Il s'agit de l'acte attaqué qui se présente comme suit :

" Délibération du Conseil d'Administration
Séance du 1^{er} août 2011.

[...]

Intercommunale de Santé Publique du Pays de Charleroi - Site de Courcelles -
Home «Heureux Séjour» - secteur Non Hospitalier - ISPPC - MR(S) - Mise en
conformité de la maison de repos «Heureux Séjour» - lot 52 «Sanitaires & fluides»
(subsidé)

Attribution du marché

2005 06 13/NH/T1/DT/dt/P/05/52/IH/05/Heureux Séjour - lot 52

Considérant la délibération du 6 juin 2011 confiant la mission à l'association
momentanée DDV-Dooms-Pirnay, située à la rue Satriamont 24/1 à 1400 Nivelles,
de procéder à un réexamen des offres et à la rédaction d'un rapport complémentaire
éventuel;

Considérant la délibération du 28 juin 2011, préservant les droits de l'I.S.P.P.C.
vis-à-vis de l'association DDV-Dooms-Pirnay;

Considérant que conformément à la demande de l'I.S.P.P.C., l'association
momentanée a rédigé un complément de rapport suite à la relecture des offres;

Considérant que ce complément de rapport met en exergue l'absence ou des erreurs
dans les documents remis par les 3 soumissionnaires (cfr. Complément de rapport
de l'association DDV-Dooms-Pirnay)

Considérant que l'I.S.P.P.C. a procédé à des recherches afin de compléter les
informations tout en sauvegardant l'impartialité et assurant l'égalité entre les
soumissionnaires;

Considérant que suite à l'analyse des offres effectuée par l'Association
Momentanée DDV-Dooms-Pirnay, les points suivants relatifs à la sélection
qualitative des entreprises ont été mis en exergue :

1. page 2 (complément): l'entreprise Delta Thermic n'a pas joint à sa liste de
références, les attestations de bonne exécution du pouvoir adjudicataire;
2. page 2 (complément) : l'engagement bancaire de caution solidaire présenté par
l'entreprise Delta Thermic fait référence à un autre marché CHUST/09.11 daté du
07/04/2009, soit bien avant la date d'envoi des documents d'adjudication de ce
projet;
3. page 3 (complément): l'entreprise Delta Thermic n'a pas joint un modèle
original avec cachet sec de l'attestation ONSS;
4. page 3 (rapport de base): l'entreprise Sanideal n'a pas remis ses chiffres d'affaire
des 3 dernières années;
5. page 3 (rapport de base): l'entreprise Sanideal n'a pas remis d'engagement
bancaire;

Considérant que 2 des soumissionnaires (Delta thermic et Sanideal) ont déjà réalisé
de nombreux chantiers pour l'ISPPC et la société Daneels quelques-uns;

- Delta Thermic :

Rénovation des plateaux A2-A3 sur le site de Marchiennes;

Placement d'un groupe de froid et récupérateur pour la radiologie de Vésale;

Placement d'un groupe de froid pour le hall d'entrée de Vésale;

- Sanideal :

Construction d'un Centre de Revalidation fonctionnel sur le site Vésale (en
cours);

Rénovation de l'unité d'hospitalisation 5C à Vésale;

- Daneels :
 - Construction d'un centre de radiothérapie sur le site de Vésale;
 - Aménagement du service de dialyse sur le site de Vésale;

Considérant par ailleurs que l'offre remise le 16/11/2010 par DELTA THERMIC dans le cadre du marché «Reconditionnement et transformation partielle de l'hôpital de CHATELET en MR - MRS - Résidence "Pierre Paulus" Lot 52 sanitaires et fluides» comportait une liste de références similaire, à laquelle étaient annexées les attestations de bonne exécution requises;

Considérant dès lors que la remarque relative au point 1 ci-dessus peut être levée;

Considérant qu'en date du 7 juillet 2011, il a été procédé à une vérification par moyen électronique de l'obligation de retenue pour les trois soumissionnaires auprès du SPF finance et de la sécurité sociale;

Considérant qu'aucune obligation de retenue n'est d'application pour aucun des trois soumissionnaires;

Considérant qu'en date du 7 juillet 2011, il a été demandé une attestation à jour auprès de l'ONSS pour les 3 soumissionnaires;

Considérant la réponse de l'ONSS datée du 11 juillet 2011 et présentant les points suivants :

- Sanideal : document ONSS avec cachet sec en ordre jusqu'au premier trimestre 2011 inclus;
- Delta Thermic : document ONSS avec cachet sec en ordre jusqu'au premier trimestre 2011 inclus;
- Daneels : cet employeur est débiteur en cotisation de 47.880,67 euros mais respecte strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de cette dette;

Considérant dès lors que la remarque relative au point 3 ci-dessus peut être levée;

Considérant l'interrogation des bases de données de la banque nationale de Belgique par l'ISPPC et l'étude des bilans ainsi obtenus, visant uniquement les chiffres d'affaires des trois dernières années;

Considérant que la société Sanideal a déposé ses bilans pour les exercices 2010, 2009, 2008 et 2007 auprès de la BNB;

Considérant que la société Delta Thermic a déposé les bilans pour les exercices 2010, 2009, 2008 et 2007 auprès de la BNB;

Considérant que la société Daneels a déposé les bilans pour les exercices 2010, 2009, 2008 et 2007 auprès de la BNB;

Considérant que les bilans des sociétés Sanideal et Delta Thermic ne présentent pas de caractère anormal et révèlent des chiffres d'affaires qui paraissent suffisants au regard de l'ampleur du marché concerné;

Considérant que le dernier bilan de la société Daneels présente une perte de 1.688.480,00 € pour l'année 2009;

Considérant le plan de redressement déposé le 27/09/2010 par la SA Daneels et homologué par la cour d'appel dans un arrêt du 29/12/2010 et publié au moniteur du 05/01/2011;

Considérant la nomination de la SA Delta Group en tant que Président du Conseil d'administration de la SA Daneels en date du 01/03/2011;

Considérant dès lors que la SA Daneels ne doit plus être considérée en état de faillite à la date de la réanalyse des offres par l'association momentanée DDV-Dooms-Pirnay;

Considérant que la remarque relative au point 4 ci-dessus peut être levée;

Considérant cependant que l'engagement bancaire (point 2 ci-dessus) présenté par la société Delta Thermic est antérieur à l'avis de marché mais que le pouvoir adjudicataire ne considère pas que cela remette en cause la capacité financière de cette société;

Considérant que l'entreprise Sanideal n'a pas remis d'engagement bancaire (point 5 ci-dessus), mais que le pouvoir adjudicateur ne considère pas que sa capacité financière ne soit pour autant pas démontrée;

Considérant que l'ISPPC a par ailleurs en sa possession l'attestation bancaire datée du 10 novembre 2009 qui a été remise par SANIDEAL dans le cadre du marché de travaux suivant : «Reconditionnement et transformation partielle de l'hôpital de CHATELET en MR - MRS - Résidence "Pierre Paulus" Lot 52 sanitaires et fluides»;

Considérant dès lors que les remarques relatives aux points 2 et 5 ci-dessus peuvent être levées;

Considérant que les formulaires d'offre remis par les soumissionnaires présentent certains manquements au stade de la sélection qualitative mais que les recherches effectuées par l'ISPPC et les éléments dont celle-ci dispose permettent de lever les remarques;

Considérant dès lors que les trois sociétés sont sélectionnées qualitativement;

Considérant que suite à l'analyse des offres effectuée par l'Association Momentanée DDV-Dooms-Pirnay, les points suivants relatifs à la régularité administrative des offres ont été mis en exergue :

1. Page 3 (complément): Les entreprises Danneels et Delta Thermic n'ont pas complété le point II du formulaire de soumission relatif aux statuts de la société;
2. Page 3 (complément): L'entreprise Delta Thermic n'a pas biffé la partie III-C du formulaire de soumission relatif à la présence de sous-traitants de nationalité étrangère;
3. page 3 (complément) : les entreprises Delta Thermic et Danneels n'ont pas complété le point III D du formulaire de soumission «Nationalité des employés» et n'ont pas fourni d'attestation séparée sur la question;
4. page 3 (complément): l'entreprise Delta Thermic remet une attestation de conformité de son matériel incomplète et dès lors non conforme;
5. page 5 : (rapport de base) : l'entreprise Sanideal n'a pas transmis une attestation relative à la nationalité des sous-traitants éventuels et des membres du personnel;
6. page 5 (rapport de base): l'entreprise Sanideal n'a pas transmis une déclaration attestant que le soumissionnaire possède des offres de ses fournisseurs;
7. page 5 (rapport de base): l'entreprise Sanideal n'a pas remis l'attestation de conformité de son matériel;
8. page 5 (rapport de base) : l'entreprise Sanideal n'a pas remis le planning de chantier;
9. page 5 (rapport de base) : l'entreprise Sanideal n'a pas transmis une liste des travaux qui seront sous-traités ainsi que le nom de sous-traitants possibles;

10. page 5 (rapport de base) : l'entreprise Dannels SA n'a pas transmis une note sur les précautions envisagées par le soumissionnaire pour limiter les nuisances dues aux travaux;

Considérant que le pouvoir adjudicataire a retrouvé les données statutaires des firmes Daneels et Delta Thermic via le site du SPF Justice;

Considérant que la remarque relative au point I ci-dessus peut-être levée;

Considérant qu'en complétant le point D du formulaire de soumission, l'entreprise Sanideal répond à la demande d'attestation relative à la nationalité des membres de son personnel et de ses sous-traitants éventuels;

Considérant que la remarque relative au point 5 ci-dessus peut être levée;

Considérant les points ci-dessus, il apparaît que les offres des trois soumissionnaires présentent certaines lacunes au niveau de la régularité administrative et technique;

Considérant qu'à l'article 11 C.S.C., l'ISPPC s'est réservée le droit d'écarter toute offre non accompagnée d'un ou plusieurs des documents que les soumissionnaires étaient tenus de joindre à leur soumission lors de l'ouverture des offres sous peine d'irrecevabilité de celle-ci;

Considérant que l'ISPPC s'est ainsi ménagée une faculté d'exclure une soumission incomplète, sans préjudice de son pouvoir d'apprécier le caractère substantiel ou non des irrégularités;

Considérant que les documents et informations qui font défaut en l'espèce, relevés ci-dessus aux points 1 à 10, ne présentent pas un caractère fondamental et indispensable pour l'examen comparatif des offres;

Considérant que les informations relatives à la nationalité des employés et des sous-traitants relèvent des implications annexes du marché et non des caractéristiques intrinsèques de l'offre (remarques relatives aux points 2,3 et accessoirement 5, déjà levée);

Considérants que les attestations de conformité du matériel et selon lesquelles le soumissionnaire dispose d'offres de ses fournisseurs qui sont demandées sont des déclarations unilatérales non étayées et que l'engagement de tout soumissionnaire d'utiliser un matériel conforme et de disposer du matériel requis en temps utile découle en tout état de cause du cahier spécial des charges (remarques relatives aux points 4, 6 et 7);

Considérant que l'article 10 CSC prévoit que «Par le dépôt de son offre, le soumissionnaire s'engage à exécuter les travaux et fournitures prescrits conformément au Cahier des Charges et à prévoir tout ce qui est nécessaire à l'achèvement complet et au fonctionnement parfait des installations prévues. (...). Chaque offre comporte, pour tous les postes, la livraison d'un matériel ou l'exécution de travaux répondant à toutes les prescriptions des documents d'appel d'offres et donnant le maximum de sécurité sous tous les rapports»;

Considérant que les attestations relatives aux sous-traitants éventuels sont de même provisoires et purement indicatives, n'impliquent pas qu'il sera effectivement recouru à ces sous-traitants et n'empêchent pas l'attributaire de recourir à d'autres sous-traitants, les possibilités de refus de l'administration étant limitées en ce domaine et l'adjudicataire restant seul responsable à l'égard du maître de l'ouvrage (remarque relative au point 9);

Considérant que l'absence de planning d'exécution en annexe d'une soumission n'implique pas que celle-ci dérogerait aux délais prévus par le Cahier spécial des charges;

Considéranrs que le planning d'exécution n'est, en effet, au stade de l'offre, qu'une estimation par le soumissionnaire du nombre de jours qu'il consacrerà, au sein du délai alloué par le CSC, aux différentes phases de ses travaux, établie alors qu'il n'a pas encore connaissance ni de la date de début de chantier, ni des modalités d'intervention des adjudicataires des autres lots, avec lesquels son intervention devra être coordonnée;

Considérant que ce planning est donc appelé à être profondément modifié et ne sera réellement fixé qu'en début de chantier, de sorte que son absence en annexe de l'offre ne constitue pas une irrégularité substantielle;

Considérant que le C.S.C. précise que la fixation des moments d'intervention appartient exclusivement à l'ISPPC : «Aucune limitation ne peut être exprimée quant au choix par le maître de l'ouvrage des moments d'interventions.» (art. 10 C.S.C., Pièce n° 2, page 11);

Considérant que les précautions envisagées par le soumissionnaire pour limiter les nuisances dues aux travaux touchent pareillement à une obligation qui pèse de toutes façons sur l'adjudicataire et peuvent le cas échéant encore être déterminées après l'attribution du chantier sans porter atteinte à la comparaison effective des offres;

Considérant que l'examen des offres n'a pas mis en évidence de non-conformité majeure motivant l'exclusion de l'une ou l'autre des offres;

Considérant que les irrégularités constatées dans les 3 offres ne mettent pas en péril la comparaison effective des offres dans le respect de l'égalité des soumissionnaires;

Considérant que les irrégularités constatées ne sont pas substantielles;

Considérant qu'il n'y a pas lieu par conséquent d'écarter l'une ou l'autre des offres;

Considérant que l'association DDV-Dooms-Pirnay, dans un souci d'assurer un suivi de chantier harmonieux, a souhaité vérifier les sous-totaux s'éloignant quelque peu de la moyenne des 3 offres, de telle sorte que l'attention des soumissionnaires soit attirée sur ces sous-totaux et qu'ils ne puissent ensuite invoquer une erreur pour solliciter une révision en cours de chantier;

Considérant que sur base de ce conseil, l'I.S.P.P.C. a interrogé les soumissionnaires en date du 30 mars 2010;

Considérant que les 3 soumissionnaires ont répondu dans les 12 jours impartis;

Considérant que la réponse de la société Sanideal se limite à confirmer ses prix et à se tenir à la disposition du maître de l'ouvrage pour davantage d'informations;

Considérant que les sociétés Delta Thermic et Danneels confirment également leurs prix et joignent un tableau décomposant leurs prix unitaires algébriquement entre prix des matériaux, main d'œuvre, frais, marge;

Considérant qu'aucune des trois réponses obtenues ne correspond aux critères de justification prévus par l'art. 110 § 3 de l'A.R. du 8/01/96, à savoir :

1. A l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2. Aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les produits ou les services;
3. A l'originalité des travaux, de fournitures ou de services proposés par le soumissionnaire;
4. Au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5. A l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement;

Considérant néanmoins que l'I.S.P.P.C. a comparé les prix unitaires proposés dans le présent marché avec ceux obtenus pour des marchés de même taille et publiés dans des périodes proches de celui de l'Heureux Séjour;

Considérant l'étude des prix unitaires et leur grande proximité dans l'ensemble avec les prix moyens relevés par l'ISPPC (cfr tableau en annexe);

Considérant qu'en ce qui concerne la somme totale des prix ayant fait l'objet des vérifications par le pouvoir adjudicataire, il peut être tiré les conclusions suivantes :

- Le montant total de la firme Sanideal est très proche de la moyenne calculée par le pouvoir adjudicateur sur base des prix moyens obtenus sur d'autres marchés (- 1,40 %);
- Le montant total de la firme Delta Thermic est assez nettement inférieur (- 11,35 %);
- Le montant total de la firme Danneels est très nettement supérieur (+ 28,62 %);

Considérant que P. Thiel expose à propos de l'appréciation de l'anormalité éventuelle des prix (Mémento des marchés publics, éd. 2011, pg 470) : «Pour procéder à cette appréciation, le pouvoir adjudicateur peut également prendre en compte des explications autres que celles qui viennent directement de l'opérateur économique, en procédant, par exemple, à une analyse des prix pour le poste concerné parmi plusieurs autres marchés qu'il aurait passés. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite. Dans un arrêt rendu le 25 octobre 2005, le Conseil d'Etat a admis que le pouvoir adjudicateur considère un prix normal sur la base des informations dont il dispose, même indépendamment des explications fournies - ou-non - par le soumissionnaire.»;

Considérant également que le montant de l'offre Danneels (de 17 % plus élevée que les autres en moyenne) vient perturber la moyenne appliquée dans le cadre du contrôle des prix;

Considérant dès lors, qu'il n'y a pas lieu de considérer l'une ou l'autre de ces offres affectée d'une irrégularité substantielle;

Considérant que sur base du rapport de l'association DDV-Dooms-Pirnay, de son complément et des points complétés ci-dessus, il s'avère que l'offre sélectionnée régulière la moins disante est celle de la société Sanideal au montant de 543.188,82 € HTVA;

Propose :

De faire sien le rapport d'adjudication et son complément dressés par l'association momentanée DDV-Dooms-Pirnay;
D'informer les sociétés Danneels et Delta Thermic de leur non-désignation;
De désigner la société Sanideal adjudicataire du lot 52 - Sanitaire des travaux de construction de la maison de repos l'Heureux Séjour à Courcelles;

Vu l'avis favorable du Comité;

Décide, à l'unanimité;

De faire sien là rapport d'adjudication et son complément dressés par l'association momentanée DDV-Dooms-Pirnay;
D'informer les sociétés Danneels et Delta Thermic de leur non-désignation;
De désigner la société Sanideal adjudicataire du lot 52 - Sanitaire des travaux de construction de la maison de repos l'Heureux Séjour à Courcelles;

La présente délibération est approuvée séance tenante."

III. 11. Par un courrier du 21 septembre 2011, la partie adverse informe la société SANIDEAL qu'elle a décidé de lui attribuer le marché.

III. 12. Par un courrier du 9 novembre 2011, la partie adverse, en application de l'article 28, § 1^{er}, du cahier général des charges, notifie à la société attributaire l'ordre de commencer les travaux le 1^{er} décembre 2011.

III. 13. Par une ordonnance du 30 novembre 2011, le président du tribunal de première instance de Charleroi joint les demandes en référé tendant à voir suspendre l'exécution du marché en cause introduite par la requérante et la société DANNEELS et les déclare recevables mais non fondées.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS

La requête a pour objets la décision de la partie adverse de s'approprier les conclusions du rapport d'adjudication et de son complément, l'information des soumissionnaires non retenus de leur non-désignation et la désignation de la société SANIDEAL comme adjudicataire du lot 52 du marché public litigieux.

D'office, il y a lieu de déclarer le recours irrecevable en ce qu'il est dirigé contre l'information communiquée par la partie adverse aux soumissionnaires non retenus. Cette information n'est pas un acte susceptible de recours car elle ne cause pas grief à la requérante. Seules les décisions de faire sien le rapport d'analyse des offres et son complément et d'attribuer le marché public concerné à la société SANIDEAL lui causent grief.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen pris de la violation "des dispositions du cahier spécial des charges, des articles 16 et 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 et plus généralement du principe d'égalité entre les soumissionnaires et de comparaison objective de leurs offres".

La partie requérante expose qu'afin de permettre à la partie adverse de procéder à la sélection qualitative et à l'examen de la capacité financière des soumissionnaires, le cahier spécial des charges exigeait, sous peine d'irrecevabilité de l'offre, que les soumissionnaires joignent obligatoirement certains documents et que, contrairement à la société SANIDEAL, elle a transmis une déclaration concernant ses chiffres d'affaires.

Elle indique que nonobstant ce manquement de la société SANIDEAL, la partie adverse a estimé que "Considérant l'interrogation des bases de données de la Banque Nationale de Belgique par l'ISPPC, l'étude des bilans ainsi obtenus, visant uniquement les chiffres d'affaires des trois dernières années; considérant que la société SANIDEAL a déposé ses bilans pour les exercices 2010, 2009, 2008 et 2007 auprès de la BNB (...); considérant que le bilan des sociétés SANIDEAL et DELTA THERMIC ne présentent pas de caractère anormal et révèlent des chiffres d'affaires qui paraissent suffisants au regard de l'ampleur du marché concerné".

La requérante considère que l'obligation de joindre une déclaration concernant le chiffre d'affaires se distingue de celle relevant de la présentation des bilans, extraits de comptes annuels dont on peut avoir une copie via la consultation du site de la Banque Nationale de Belgique, en abrégé B.N.B., que l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité opère cette distinction, que la partie adverse avait spécifiquement prévu dans le cahier spécial des charges que les soumissionnaires devaient joindre une déclaration par rapport à leurs chiffres d'affaires des trois dernières années, que la partie adverse ne peut donc légitimement motiver sa décision d'attribuer le marché à la société SANIDEAL en indiquant, qu'en ayant eu accès, via la banque de données de la B.N.B., aux comptes annuels publiés, la société SANIDEAL a respecté les exigences de la sélection qualitative prévue par le marché.

Elle ajoute que, si tel était le cas, la partie adverse modifierait les conditions prévues par les documents du marché au profit d'un seul soumissionnaire, ce qui est contraire au principe d'égalité et à l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle explique que selon l'article 6 précité, pour les autres personnes de droit public que celles visées à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs sont exercés par les autorités ou organes compétents en vertu d'une disposition d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance ou d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant, qu'il en résulte que l'avis de marché et le cahier spécial des charges, en ce compris les conditions de sélection qualitative doivent être approuvées par l'organe compétent de la partie adverse, qu'"en l'espèce, la condition relevant de la présentation des extraits de bilans et/ou de comptes annuels que la partie adverse affirme avoir pris en compte en vue de déterminer si la société SANIDEAL satisfaisait aux exigences de sélection qualitative n'a jamais été approuvée par l'organe compétent de la partie adverse mais a été rajoutée a posteriori, soit après l'ouverture des offres, afin de permettre à la société SANIDEAL d'être sélectionnée".

Elle soutient que la partie adverse ne produit pas, en annexe de sa décision, les prétendus bilans et/ou extraits de comptes annuels auxquels elle a eu accès au stade de la comparaison des offres, qu'elle a, dans ces conditions, vérifié les bilans et comptes annuels de la société SANIDEAL tels que publiés sur le site de la B.N.B., qu'elle constate que cette dernière ne déclare pas son chiffre d'affaires, que seule la marge brute d'exploitation, pour l'année 2008, est mentionnée.

Elle fait valoir qu'elle avait annexé à son offre une déclaration spécifique concernant son chiffre d'affaires des trois dernières années et qu'elle s'interroge sur la réalité de l'examen effectué par la partie adverse puisque cette dernière n'a pas pu, sur la base des documents publiés par la B.N.B., connaître le chiffre d'affaires de la société SANIDEAL et en conséquence, examiner la capacité financière de cette dernière conformément aux conditions imposées par l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

Elle en conclut que la capacité financière de la société SANIDEAL n'a donc pas pu être démontrée de telle sorte que cette dernière ne pouvait être sélectionnée et que la motivation telle qu'elle résulte de la décision d'attribution apparaît manifestement contraire à la réalité.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'elle a constaté que divers documents relatifs à la sélection qualitative manquaient en annexe des soumissions mais a levé les objections grâce aux informations en sa possession, du fait de leur communication par le soumissionnaire concerné dans le cadre d'un autre marché public et en raison de leur caractère public, ou à tout le moins consultable par l'intermédiaire d'une institution publique.

Elle estime que si l'avis de marché précise en matière de capacité financière les renseignements et formalités nécessaires, ceci n'exclut pas que le pouvoir adjudicateur se fonde sur un document dont il dispose et qui remplace le document requis qui faisait défaut en annexe du formulaire de soumission.

Elle précise que le recours par le pouvoir adjudicateur à de telles informations au stade de la sélection qualitative aurait été admis par le Conseil d'Etat, notamment dans son arrêt n° 194.625 du 24 juin 2009.

Elle soutient que la requérante ne conteste pas le principe même de cette démarche, et ce étant donné qu'elle en a bénéficié, qu'il a en effet été estimé qu'il ne fallait pas écarter l'offre de la société DELTA THERMIC, nonobstant le fait que celle-ci n'avait pas remis les attestations de bonne exécution requises en annexe à la liste des références de travaux similaires, qu'elle s'est fondée pour ce faire sur la circonstance qu'elle avait en sa possession de telles attestations remises par la requérante peu de temps avant dans le cadre d'une autre soumission.

La partie adverse indique qu'elle n'a pas fondé sa décision sur le simple fait qu'elle possédait les comptes annuels de la société SANIDEAL mais sur le fait que les informations contenues dans lesdits comptes lui permettaient de considérer que cette entreprise réalisait un chiffre d'affaires suffisant et par conséquent, de lever la lacune résultant de l'omission de cet élément en annexe de l'offre.

Elle en déduit qu'elle a maintenu son choix initial de se fonder, pour évaluer si les exigences en matière de capacité financière et économique étaient remplies, sur les diverses informations mentionnées dans l'avis de marché parmi lesquelles le chiffre d'affaires des trois dernières années.

Elle ajoute qu'elle a fait usage de la faculté qui lui appartient de compléter les informations fournies par le soumissionnaire par des informations auxquelles elle peut avoir accès par le biais d'autres institutions, telle la B.N.B.,

comme le mentionne expressément le formulaire de soumission relatif au marché litigieux.

Elle explique qu'il est exact que les bilans déposés à la B.N.B. par la société SANIDEAL relatifs aux années 2007 à 2010 sur lesquels elle se fonde ne mentionnent pas de façon distincte les chiffres d'affaires réalisés, que, conformément à la forme abrégée des bilans, qui peut être adoptée par la plupart des entreprises, la société SANIDEAL n'a fait mention que de sa marge brute d'exploitation et non de son chiffre d'affaires, qu'elle a valablement pu considérer que "les bilans des sociétés Sanideal et Delta thermic ne présentent pas de caractère anormal et révèlent des chiffres d'affaires qui paraissent suffisants au regard de l'ampleur du marché concerné", que la marge brute d'exploitation est effectivement fonction du chiffre d'affaires auquel elle est toujours inférieure, que la société SANIDEAL présente pour les années 2007, 2008, 2009 et 2010 des marges brutes d'exploitation s'élevant respectivement à 1.387.364 euros, 1.175.584 euros, 606.983 euros et 731.783 euros, que cela signifie que cette société a incontestablement réalisé, durant ces quatre années, des chiffres d'affaires supérieurs à 1.387.364 euros, 1.175.584 euros, 606.983 euros et 731.783 euros, qu'elle a estimé sur cette base que les bilans de la société SANIDEAL "révèlent des chiffres d'affaires qui paraissent suffisants au regard de l'ampleur du marché concerné" et qu'elle a valablement pu en conclure qu'il n'y avait pas lieu d'écarter cette société au stade de la sélection qualitative au motif que ses chiffres d'affaires n'avaient pas été communiqués en annexe de son offre.

Elle soutient que les chiffres d'affaires dont la mention était demandée en annexe de l'offre étaient les chiffres d'affaires totaux des soumissionnaires et non les "sous-chiffres d'affaires" spécifiques au type de travaux concernés, qu'il n'était pas requis dans les documents de marché des chiffres d'affaires d'un montant minimum, prédéfini, qui aurait dû être atteint par le soumissionnaire, que le but de la communication de cette information par les soumissionnaires est de pouvoir établir que le niveau d'activité de l'entreprise est suffisant au regard de l'ampleur du marché, qu'il n'est pas indispensable pour ce faire qu'elle ait connaissance des chiffres avec précision, qu'il ne peut lui être reproché de s'être contentée d'une connaissance approximative du chiffre d'affaires de la société SANIDEAL dès lors qu'en tout état de cause il ressortait de ces informations que cette société présentait un niveau de chiffre d'affaires qu'elle estimait largement suffisant.

Elle fait valoir que la capacité économique et financière suffisante de la société SANIDEAL ressortait également des autres informations en sa possession, que cette société avait déjà exécuté plusieurs marchés pour elle, qu'elle avait en outre

annexé à son offre la liste de ses références des cinq dernières années pour des travaux de même nature, accompagnée des attestations des pouvoirs adjudicateurs et du montant des travaux, qui constitue un élément important dans l'appréciation de la capacité technique mais aussi financière du soumissionnaire.

La partie adverse estime que l'article 11 du cahier spécial des charges se réfère à l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui est totalement étranger à la sélection qualitative.

Elle ajoute que la question de savoir s'il découlait de la formulation de l'article 11 du cahier spécial des charges une nullité absolue, voire une irrégularité substantielle, relève de l'examen de la régularité de l'offre et non de la sélection qualitative, étape préalable dont le but est d'établir la capacité suffisante du soumissionnaire, à laquelle il n'est pas porté préjudice. Elle en déduit que l'article 11 précité n'a pas pour effet de lui ôter son pouvoir d'appréciation et de l'obliger à exclure au stade de la sélection qualitative tout soumissionnaire qui n'aurait pas remis un de ces documents.

Elle considère que la requérante n'a pas intérêt à soulever le présent grief car il conduirait, s'il était admis, à constater qu'elle aussi aurait dû être écartée au stade de la sélection qualitative au vu des documents manquants dans sa propre offre.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique comme suit :

- " 2. Deuxième moyen La violation des dispositions du cahier spécial des charges, des articles 16 et 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 et plus généralement du principe d'égalité entre les soumissionnaires et de comparaison objective de leurs offres.

2.1. Les moyens en réponse développés par la partie adverse

- La partie adverse soutient qu'elle était en droit de fonder son appréciation de la capacité financière de la SPRL SANIDEAL sur «un document dont elle dispose et qui remplace le document requis qui faisait défaut en annexe du formulaire de soumission». La partie adverse fait, en fait, référence à l'absence de déclaration bancaire jointe par la SPRL SANIDEAL. Elle estime que cette dernière avait, le 16 novembre 2009, déposé dans le cadre d'un autre marché pour le compte de la partie adverse (marché dénommé ci-après «Marché CHATELÉ») une telle déclaration. La partie adverse cite, à ce sujet, un arrêt n° 194.625 prononcé par le Conseil d'Etat le 24 juin 2009.

- La partie adverse soutient, également, de manière récurrente, que la requérante aurait tout à fait pu ne pas être sélectionnée dans la mesure où elle n'avait pas joint à la liste des références des travaux exigée par le cahier spécial des charges un

certificat de bonne exécution. Elle adopte le même raisonnement quant à l'examen de la régularité de l'offre de la requérante laquelle présenterait désormais certaines irrégularités notamment en ce qui concerne le contenu de l'attestation de conformité qu'il convenait de joindre.

- La partie adverse soutient qu'elle a pris connaissance, en consultant les comptes annuels de la SPRL SANIDEAL, du fait qu'elle avait réalisé des chiffres d'affaires supérieurs à 1.387.364 €, 1.175.584 € et 606.983 €.

- La partie adverse fait également référence à la liste de références jointe par la SPRL SANIDEAL laquelle lui a permis d'analyser la capacité financière de cette dernière. Elle cite à ce sujet la circulaire du 21 mai 2001.

2.2 Répliques à ces moyens

2.2.1. L'analyse de la capacité financière et le remplacement d'un document par un autre (1^{er} sous-moyen de la partie adverse).

Il est certain, et ce conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (C.E. n° 97.319, 29 juin 2001; C.E. n° 200.316, 1^{er} février 2010) que, lorsque le pouvoir adjudicateur a entendu obtenir différentes références contenues dans les articles 17 à 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en les précisant dans l'avis de marché, celles-ci doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation quant à la capacité du soumissionnaire et de violer le principe d'égalité de traitement qui doit lui être réservé.

L'on peut également lire dans la doctrine ce qui suit :

«Il est important de noter que le pouvoir adjudicateur est tenu par les critères qu'il a lui-même fixés sous peine de rompre le principe d'égalité. C'est ainsi qu'ayant établi les critères de sélection concernant les exigences techniques minimales, l'administration ne peut pas, après réception des candidatures, assouplir ses exigences techniques minimales dans le cahier spécial des charges afin de permettre aux candidats ne satisfaisant pas aux exigences minimales de participer à l'adjudication» (H. JOUANT, Commentaires par article, article 18 — arrêté royal du 8 janvier 1996 — Capacités financières et économiques, www.mercatus.be).

C'est donc sous cet angle qu'il convient d'analyser la légalité de la décision d'attribuer le marché à la SPRL SANIDEAL.

Or, il est, à ce sujet, doré et déjà incontestable, que cette dernière n'a pas annexé à son offre la preuve de son chiffre d'affaires des trois dernières années et une déclaration bancaire, documents explicitement exigés par l'avis de marché et le cahier spécial des charges en vue de démontrer sa capacité financière et économique à exécuter le marché.

Cette simple constatation suffit à établir l'illégalité de la décision prise par la partie adverse et plus spécifiquement la violation des articles 17 à 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Quant à la déclaration bancaire et financière, l'on constate que la partie adverse se fonde sur un document dont il est tout à fait incertain qu'elle en ait réellement disposé au stade de l'examen de la capacité financière de la SPRL SANIDEAL.

Par ailleurs, la SPRL SANIDEAL ne se réfère même pas dans son offre à la déclaration bancaire qu'elle aurait jointe dans le cadre de ce marché antérieur au

marché litigieux, soit le marché CHATELET. C'est en fait, à nouveau suite à l'ordonnance de suspension, que la partie adverse, d'initiative, se saisit de ces documents pour prétendre que la SPRL SANIDEAL disposerait d'une capacité financière suffisante pour exécuter le marché.

A ce sujet, l'on peut lire que :

«Quand un candidat ou un soumissionnaire n'a remis aucun des documents ou renseignements demandés, et ne se réfère pas non plus explicitement aux documents ou aux renseignements dans le cadre d'un autre marché, il y a lieu, en principe, de l'écarter : cette situation entraîne l'irrecevabilité de sa candidature ou de son offre.

A côté de la circulaire relatée ci-devant, la jurisprudence établit que l'absence d'un seul des documents exigés est suffisante pour motiver la non sélection puisque le soumissionnaire ne répond pas aux exigences fixées en vue de la procédure de sélection qualitative. Il y a lieu par ailleurs d'examiner la situation des soumissionnaires au moment de l'ouverture des offres. Si les documents sont exigés par le pouvoir adjudicateur, ils doivent être fournis par le soumissionnaire» (P.THIEL, Le mémento sur les marchés publics et PPP, KLUWER, 2011, p. 255).

2.2.2. La liste de référence des travaux prétendument non jointe par la requérante (2^{ème} sous-moyen de la partie adverse).

Outre le fait que cet argument a déjà été rencontré sous le titre un, il est opportun de souligner que, si la partie adverse estimait qu'aucun soumissionnaire n'était sélectionnable —voire avaient déposé des offres irrégulières -, il ne lui appartenait pas, pour autant, d'attribuer le marché à l'offre qu'elle estimait la «plus sélectionnable» ou la «moins irrégulière», mais bel et bien de recommencer la procédure conformément à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics qui prévoit spécifiquement que le pouvoir adjudicateur peut, soit renoncer à passer marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

2.2.3. Quant à la déclaration concernant le chiffre d'affaires (3^{ème} sous-moyen de la partie adverse).

L'argumentation de la partie adverse quant à la connaissance qu'elle avait du chiffre d'affaires par l'indication, dans les comptes annuels, de la marge brute d'exploitation de la SPRL SANIDEAL, ne peut être suivie sous peine de fausser l'appréciation des exigences de sélection qualitative.

Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 2001 et 11 août 2011, le Conseil d'Etat a souligné l'importance que revêtent la sélection qualitative et plus spécifiquement l'obligation de joindre les documents exigés par le cahier spécial des charges ou l'avis de marché. Cet arrêt dispose que :

«En vertu de l'article 16, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, en cas d'adjudication publique, il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires sur la base des renseignements et documents prévus aux articles 17 à 19 du même arrêté royal. Ledit article 19, après avoir dressé l'inventaire des références susceptibles de justifier la capacité technique de l'entrepreneur, prévoit que le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché celles des références qu'il entend obtenir. Il ressort de ces dispositions que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non, est sans

pertinence et que parce que le pouvoir adjudicateur a entendu les obtenir en les précisant dans l'avis de marché, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé» (CE, n° 97.319, 29 juin 2001).

«Qu'il n'est pas contesté que la SCCRL PWC - Réviseurs d'Entreprises, quant à elle, n'a fourni qu'une liste de deux mandats dans le secteur DMRS, au lieu de trois exigés par le cahier spécial des charges pour justifier la sélection qualitative; qu'admettre néanmoins son offre au motif que l'importance des deux intercommunales MRS où les mandats ont été exercés totalisait 13 sites, permet de considérer que «ces mandats équivalent largement les trois requis», revient à méconnaître les critères de sélection fixés par le cahier spécial des charges de même qu'à fausser l'appréciation apportée quant à la capacité professionnelle des soumissionnaires et, dès lors, à violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé» (CE., n° 214.785, 11 août 2011 – [...]).

Il résulte de ce qui précède qu'en sélectionnant la SPRL SANIDEAL alors que cette dernière n'avait pas transmis les documents exigés par l'avis de marché ainsi que par le cahier spécial des charges et ce obligatoirement et sous peine d'irrecevabilité, la partie adverse a violé les articles 16 et 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, la requérante ayant en effet, conformément aux dispositions du cahier des charges, transmis les documents exigés.

La capacité financière de la SPRL SANIDEAL n'a donc pu, par cette dernière, être démontrée de telle sorte que cette dernière ne pouvait être sélectionnée.

Quant à l'extrait de la circulaire que cite la partie adverse, cette dernière le sort de son contexte il convient donc d'en reproduire l'intégralité :

«La pertinence des conditions de capacité technique est envisagée dans la réglementation en fonction de la nature du marché en cause.
Rappelons que pour les secteurs spéciaux, aucun régime précis n'est prévu dans la réglementation.

Par ailleurs, tant dans les marchés de travaux que dans ceux de fournitures, la liste des références est fermée alors que l'analyse de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet de constater que la liste est ouverte pour les marchés de services. Ce concept ne signifie cependant pas que, dans les marchés de services, le pouvoir adjudicateur peut formuler n'importe quelle exigence : les références doivent avoir trait au savoir-faire, à l'efficacité, à l'expérience et à la fiabilité du candidat ou du soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur peut dès lors réclamer la production de documents en dehors de la liste mais ils doivent être en rapport direct avec les objectifs de la sélection qualitative.

En fonction du degré de concurrence existant au sein du secteur d'activité, le pouvoir adjudicateur appréciera s'il y a lieu d'être plus ou moins sévère eu égard aux exigences à fixer.

Le pouvoir adjudicateur s'efforcera en outre de préciser la nature, le nombre et le montant minima des références à produire, en tenant compte bien entendu des caractéristiques et de l'ampleur des marchés.

Il faut encore noter que certaines références permettent de cerner de manière plus large et plus directe la capacité technique des entreprises. Tel est particulièrement le cas de la liste des prestations exécutées qui peut être un bon indicateur à la fois du chiffre d'affaires, de l'outillage ainsi que du personnel d'une entreprise donnée».

Outre le fait que la liste de références à des travaux similaires relève de la capacité technique des soumissionnaires (article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996) et non de la capacité financière (article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996), l'objectif de la circulaire est clair: il est d'attirer l'attention du pouvoir adjudicateur sur la nature des références à produire en fonction du degré de concurrence dans le marché concerné et ce, afin d'éviter qu'aucun soumissionnaire ne réponde aux exigences fixées et ne puisse, dans ces conditions, être sélectionné."

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute ce qui suit :

" QUANT AU DEUXIEME MOYEN

2. M. le Premier auditeur estime, dans son rapport, que la SA SANIDEAL ne pouvait pas être sélectionnée par la partie adverse, ce qui l'amène à considérer le deuxième moyen fondé et à conclure à l'annulation de l'acte attaqué.

M. le Premier auditeur relève ainsi que «dès lors que la partie adverse prévoit, dans le cahier spécial des charges, que, à peine d'irrecevabilité, certains documents relatifs à la sélection qualitative doivent être "obligatoirement" fournis lors de l'ouverture des offres et sont "exigés" elle lie sa compétence et ne peut ensuite d'initiative examiner des documents auxquels elle a d'initiative accès (les banques de données de la BNB) et qui seraient de nature à pallier les insuffisances de la soumission» (p. 17 du rapport).

En outre, selon M. le Premier auditeur, «lorsque l'autorité adjudicatrice a réputé le dépôt de certains documents "à peine de nullité" ou "à peine d'irrecevabilité", qu'il s'agisse de documents afférant à la sélection qualitative ou à la régularité administrative ou technique de la soumission, la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante : l'autorité adjudicatrice est liée par le cahier spécial des charges qu'elle a librement arrêté et ne peut qu'écarter une soumission incomplète.»

La partie adverse ne peut marquer son accord sur le raisonnement développé par M. le premier auditeur.

3. Premièrement, on peut s'interroger sur l'intérêt au moyen, voire au recours, de la requérante. En effet, il ressort clairement de l'acte attaqué que la requérante n'a également pas déposé tous les documents relatifs à la sélection qualitative exigés par le cahier spécial des charges.

Ainsi, la requérante n'a pas joint à sa liste de références les attestations de bonne exécution du pouvoir adjudicateur, l'engagement bancaire de caution solidaire qu'elle a présenté fait référence à un autre marché, elle n'a pas joint un modèle original avec cachet sec de l'attestation de l'ONSS.

Pour les mêmes raisons que celles développées par M. le Premier auditeur dans son rapport, la SA DELTA THERMIC ne pouvait pas être sélectionnée.

La SA DELTA THERMIC, dans cette hypothèse, n'a pas intérêt au recours puisqu'il apparaît clairement que son offre, souffrant des mêmes irrégularités que celle de la SA SANIDEAL, ne pouvait pas être retenue. Un éventuel arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ne pourrait pas améliorer sa situation personnelle.

Son recours devrait donc être considéré comme irrecevable.

4. Deuxièmement, c'est à tort que M. le Premier auditeur affirme que la partie adverse aurait prévu, dans le cahier spécial des charges, que certains documents relatifs à la sélection qualitative devaient être obligatoirement fournis lors de l'ouverture des offres, à peine d'irrecevabilité.

La partie adverse ne partage pas la lecture que M. le Premier auditeur fait de l'article 11 du Cahier spécial des charges.

Le Cahier spécial des charges prévoit, en son article 11, une liste de 20 documents devant être fournis par les soumissionnaires.

Il se lit comme suit :

«11. Documents à annexer à la soumission (Art 90-par. 2 A.R. du 08/01/96)

Les soumissionnaires sont tenus de joindre notamment à leur soumission, les documents ci-après :

1. Documents à fournir OBLIGATOIREMENT lors de l'ouverture des offres sous peine d'irrecevabilité de celle-ci

(... 20 documents)

Remarques

(...)

2) Le Maître de l'Ouvrage se réserve le droit d'écarter toute offre qui n'est pas accompagnée des notices descriptives ou explicatives dont question ci-dessus ou qui ne permet pas de se rendre compte entièrement et avec certitude que toutes les dispositions ont été prévues pour assurer le fonctionnement parfait des installations et que le matériel offert est de toute première qualité.» [...].

5. L'article 11 du Cahier spécial des charges prévoit expressément que l'écartement de l'offre non accompagnée de tous les documents requis n'est pas automatique mais que :

«Le Maître de l'Ouvrage se réserve le droit d'écarter toute offre qui n'est pas accompagnée des notices descriptives ou explicatives dont question ci-dessus ou qui ne permet pas de se rendre compte entièrement et avec certitude que toutes les dispositions ont été prévues pour assurer le fonctionnement parfait des installations et que le matériel offert est de toute première qualité».

La partie adverse dispose donc clairement de la faculté de juger irrecevable ou non une offre non accompagnée des documents requis.

On soulignera ici, pour autant que de besoin, que cette mention à l'article 11 du Cahier spécial des charges ne concerne pas que les notices descriptives et explicatives relatives au fonctionnement parfait de l'installation et à la qualité du matériel offert. La partie adverse s'est en effet réservée la faculté d'écarter une offre dans deux cas de figure distincts :

- l'offre «qui n'est pas accompagnée des notices descriptives et explicatives dont question ci-dessus» (à savoir les vingt documents exigés en vertu de l'article 11 C.S.C.)

- l'offre qui ne permet pas de se rendre compte entièrement et avec certitude que toutes les dispositions étaient prévues pour assurer le fonctionnement parfait des installations et que le matériel offert est de toute première qualité.

L'article 11 du Cahier spécial des charges laisse donc, de manière particulièrement limpide, au pouvoir adjudicateur le pouvoir d'apprécier, pour chaque offre pour laquelle il manquerait des documents demandés, s'il convient ou non de l'écarter.

6. De plus, il convient également de souligner ici la portée exacte des mots «sous peine d'irrecevabilité» employés à l'article 11 du Cahier spécial des charges.

Le «Trésor de la Langue Française» du CNRS propose la définition suivante des termes «sous peine de», utilisés à l'article 11 du cahier spécial des charges :

«Sous peine de + subst., verbe à l'inf. (dr.). Si on ne veut pas être passible de (tellepeine). (...) P. ext. Si l'on ne veut pas courir le risque de. (...)» (http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelles/penalistes/la_loi_penale/sanction/definition_peine.htm);

En l'espèce, il s'agissait pour les soumissionnaires de fournir les documents demandés, s'ils ne voulaient pas courir le risque d'être écartés.

Courir ce risque ne signifie pas pour autant qu'en cas de documents manquants, les offres de ces soumissionnaires doivent être automatiquement écartées. L'écartement de l'offre reste, on le souligne encore une fois, une faculté pour le pouvoir adjudicateur, qu'il exerce ou non en fonction des éléments du dossier.

En l'espèce, c'est donc de manière parfaitement valable, et en conformité avec le prescrit de l'article 11 du cahier spécial des charges, que la partie adverse a sélectionné qualitativement la SA SANIDEAL en exposant clairement les raisons qui l'ont amenée à le faire dans l'acte attaqué.

7. Cette manière de procéder a d'ailleurs été validée de manière très explicite par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 32.269, du 22 mars 1989.

Dans un litige se présentant en des termes très similaires, où un soumissionnaire évincé reprochait au pouvoir adjudicateur d'avoir retenu une offre qui ne comportait pas certains documents pourtant exigés «à peine de nullité», le Conseil d'Etat a admis que cette mention ne mettait pas en péril le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, dès lors que l'article litigieux du Cahier spécial des charges précisait par ailleurs que «le maître d'ouvrage se réserve le droit de déclarer nulles et non conformes toutes les soumissions non accompagnées des documents» :

«Considérant que la requérante prend un troisième moyen "de la violation de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de la violation des articles 14 et 25, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 (I), de la violation des pages 8, point B, d et f, et remarques et 39, point K, 1, 3 et 4, du cahier spécial des charges qui régissait l'entreprise, de la violation du principe général d'égalité entre soumissionnaires et de l'excès de pouvoir,

en ce sens que la décision attaquée attribue le marché litigieux à une entreprise dont l'offre ne comportait pas en annexe :

(...)"

alors que, première branche, "la liste des matériaux et matériels était prévue à peine de nullité

(...)"

et alors que, deuxième branche, "sous peine de rompre l'égalité entre les candidats qui avaient déposé les autres documents et le soumissionnaires «Mestdag», la partie adverse aurait dû ou bien déclarer nulle et non conforme la soumission de cette dernière ou à tout le moins exiger préalablement à l'examen comparatif des offres de tels documents de nature à expliciter l'offre incomplète et à la comparer valablement aux autres offres";

Considérant que les documents cités par la requérante sont exigés par l'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges intitulé "documents à joindre à la soumission"; qu'il est vrai que, comme le souligne la requérante en réplique, il est écrit dans les "remarques" mentionnées à la fin de cet article que chaque soumissionnaire complètera son offre notamment par la liste des matériaux et matériels prévus "sous peine de nullité" et qu'il y est expliqué pour quelle raison cette exigence est "indispensable"; que le début de l'article 9 précise toutefois que "le maître de l'ouvrage se réserve le droit de déclarer nulle(s) et non conforme(s) toutes les soumissions non accompagnées des documents suivants ..."; que le maître de l'ouvrage, en couvrant la nullité relative déduite de la méconnaissance de cette exigence, n'a pas excédé les pouvoirs que lui attribue le cahier spécial des charges; que le Conseil d'Etat se substituerait au maître de l'ouvrage s'il décidait à sa place que les documents demandés étaient indispensables à un examen comparatif des offres, que la circonstance que le document visé au deuxième tiret des "remarques" finales de l'article est présenté comme "indispensable" ne suffit pas à démontrer que son omission serait sanctionnée par une nullité absolue, contrairement au principe énoncé en termes généraux au début de l'article, que le moyen, dans ses deux branches, manque en droit».

Les principes rappelés par le Conseil d'Etat dans cet arrêt conduisent à valider la décision de la partie adverse de sélectionner qualitativement la SA SANIDEAL.

8. Au contraire, les arrêts cités par M. le Premier auditeur dans son rapport (pp. 18-20) ne sont pas pertinents au regard du cas d'espèce. Dans chacun de ces arrêts, le Conseil d'Etat relève que le cahier spécial des charges prévoyait expressément la nullité de l'offre en cas de document manquant, sans prévoir de clause par laquelle le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de déclarer nulles toutes les soumissions non accompagnées des documents requis.

Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque l'article 11 du Cahier spécial des charges contient une telle clause.

9. C'est encore à tort que M. le Premier auditeur considère dans son rapport (p. 20) que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 194.625 du 24 juin 2009, cité par la partie adverse dans son mémoire en réponse, ne serait pas applicable au cas d'espèce puisque le Cahier spécial des charges, dans cette affaire, n'attachait aucune sanction au dépôt de documents incomplets.

Comme on l'a vu, cette sanction n'a rien d'automatique, l'article 11 du cahier spécial des charges laissant au pouvoir adjudicateur la faculté d'écarter ou non une offre ne comprenant pas tous les documents demandés.

10. Le moyen n'est pas fondé."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité du moyen

A supposer que l'offre de la requérante devait être écartée en raison de son irrégularité, elle disposerait cependant de l'intérêt requis pour contester le fait que l'offre de l'attributaire du marché public litigieux fut retenue illégalement alors qu'elle devait être également écartée à cause de son irrégularité.

Le moyen est donc recevable.

B. Fondement du moyen

Il ressort du point 11 du cahier spécial des charges que la partie adverse a imposé aux soumissionnaires de fournir, lors de l'ouverture des offres, certains documents, notamment ceux relatifs à la sélection qualitative, et a prescrit que l'absence de ces documents impliquerait l'irrecevabilité des soumissions. De la sorte, la partie adverse a conditionné la régularité des offres à la production de pièces destinées à établir, notamment, que les exigences relatives à la sélection qualitative étaient satisfaites.

Le même point 11 prévoit que : "Le Maître de l'ouvrage se réserve le droit d'écarter toute offre qui n'est pas accompagnée des notices descriptives et explicatives dont question ci-dessus ou qui ne permet pas de se rendre compte entièrement et avec certitude que toutes les dispositions ont été prévues pour assurer le fonctionnement parfait des installations et que le matériel offert est de toute première qualité".

Si le droit que se réserve ainsi la partie adverse devait s'interpréter en ce sens que celle-ci s'est aménagée un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'écarter ou non les offres auxquelles n'étaient pas jointes les notices descriptives et explicatives requises, notamment celles relatives à la sélection qualitative, il lui appartenait cependant d'exercer légalement ce pouvoir d'appréciation. En l'espèce, elle a estimé qu'il ne se justifiait pas d'écarter l'offre de la société SANIDEAL car, même en l'absence de la production de tous les documents requis, la partie adverse disposait d'informations suffisantes concernant le respect des exigences relatives à la sélection qualitative.

Toutefois, la partie adverse n'établit pas qu'elle a effectivement eu accès aux informations nécessaires pour déterminer si la société SANIDEAL répondait aux exigences relatives à la sélection qualitative.

En effet, il ne ressort, ni de la motivation de la décision entreprise, ni du dossier administratif, que la partie adverse a réellement eu connaissance des chiffres d'affaires des trois dernières années de la société SANIDEAL. Ceux-ci ne sont pas mentionnés dans les bilans auxquels la partie adverse se réfère.

Par ailleurs, l'exactitude de l'explication comptable, fournie dans le mémoire en réponse, qui est relative à la marge brute d'exploitation et aux informations susceptibles d'être déduites de cette marge quant au chiffre d'affaire, n'est pas démontrée.

La partie adverse n'établit donc pas qu'elle a pu légalement retenir l'offre de la société SANIDEAL.

Le moyen est fondé.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Sont annulées les décisions du 1^{er} août 2011 par lesquelles la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de Santé publique du Pays de Charleroi fait sien le rapport d'adjudication ainsi que son complément et attribue à la société SANIDEAL le marché public de travaux relatif à la mise en conformité de la maison de repos "Heureux Séjour" - site de Courcelles - Lot 52 : sanitaires et fluides médicaux.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-trois avril deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.